

این مقاله با مشخصات کتاب شناختی زیر چاپ شده است:

فرض برائت: چشم اندازی اسلامی، در: مردی از تبار خرد و فضیلت (مجموعه مقالات به مناسبت بزرگداشت مقام علمی دانشمند فرهیخته دکتر سیدمصطفی محقق داماد)، فرهنگستان جمهوری اسلامی، تهران، چاپ اول، ۱۳۹۵.

### فرض برائت: چشم اندازی اسلامی

رحیم نوبهار

دانشیار دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی

این مقاله را به استاد آیت الله دکتر سیدمصطفی محقق داماد تقدیم می کنم. احیاء عدالت قضایی اسلام و نشان دادن چهره ای رحمانی و انسانی از نظام قضایی اسلام از جمله دغدغه های استاد محقق داماد بوده است. این را نوشته های علمی او در این باره می گوید. استاد محقق بویژه اصرار دارد که اکنون که در ایران نظام قضا پس از قرن ها در اختیار روحانیت شیعی قرار گرفته است این نظام باید در عمل ترجمان عدالت و کانون اعتماد عدالت خواهان باشد. من بارها خود دیده ام که او با حس اصلاح، پیدا و پنهان به واگویی نقایص و کاستی های دستگاه قضا بویژه در باره حقوق متهمان و محکومان و رعایت فرض برائت و لوازم آن پرداخته است. نامه تاریخی ایشان در مرداد ۱۳۸۸ به ریاست وقت قوه قضائیه حضرت آیت الله سید محمود هاشمی شاهرودی تنها یکی از نشانه های این درک و رویکرد است.

**چکیده:** این مقاله با اشاره به مفهوم و جایگاه فرض برائت در نظام قضایی اسلام و تفاوت آن با گونه های دیگر برائت، مبانی انسان شناختی، اجتماعی و سیاسی فرض برائت و ادله آن

را مطالعه نموده است. مقاله ضمن تبیین دامنه کاربرست فرض برائت نشان داده است که فقیهان از دیرباز نه تنها به برائت حکمی یا قاعده قبح عقاب بلایین در موارد شک در حکم یا موضوع، بلکه به فرض برائت به معنای فرض بی‌گناهی انسان تا زمانی که مراتب بزه کاری او در جریان محاکمه آشکار شود، اذعان نموده و آن را در جای جای مباحث جزایی و موارد شک در مجرمیت و دوران امر میان وصف مجرمانه اخف و اشد به کار بسته‌اند. مقاله با ذکر گوشه‌ای از موارد استناد فقیهان به فرض برائت در مباحث حدود، تعزیرات، قصاص و دیات به پاره‌ای از ابهام‌ها در کاربرست این فرض و تقدم آن بر اصولی همچون استصحاب پرداخته است.

**واژگان کلیدی:** فرض برائت، فقه، نظام قضایی اسلام، اثبات دعوی جزایی

#### مقدمه

در دستگاه اندیشه اصول و فقه اسلامی برائت عنوانی است که دست کم دو گونه برائت را پوشش می‌دهد: نخست برائت حکمی است که به موجب آن هنگام شک در تکلیف الزامی-خواه تکلیف از نوع وجوب باشد یا حرمت- و خواه شک ناشی از خود حکم باشد یا موضوع، بنا بر برائت و رهایی از تکلیف و مؤاخذه نهاده می‌شود. از این گونه برائت گاه با عنوان قاعده قبح عقاب بلایین هم یاد می‌شود. هرگاه این برائت به ادله عقلی مانند قبح ظلم مستند شود، برائت عقلی خوانده می‌شود؛ و آن گاه که به ادله نقلی مانند: «و ما کنا معذبین حتی نبعث رسولاً»<sup>۱</sup> مستند شود، برائت نقلی قلمداد می‌شود. با آن که بسته به این که مستند برائت را عقل بدانیم یا نقل، تفاوت‌هایی در برخی از احکام جزایی مربوط به برائت پدیدار می‌شود، اما این به معنای آن نیست که دو برائت داریم. ادله نقلی برائت، همان حکم عقل به برائت را تقویت و تأکید می‌کنند. با این حال برائت بدین معنی به رغم برخورداری از ادله استوار عقلی و نقلی به لحاظ موارد کاربرست، مورد نزاع و اختلاف اخباریان و اصولیان قرار گرفته است. آنها در دامنه کاربرست این اصل همدستان نیستند.

ارج و منزلت برائت حکمی از آن روی است که بنا بر آزادی انسان که مقتضای وضع طبیعی است می‌گذارد و اثبات حالت عهده‌داری و مسئولیت را بر دلایل استوار متوقف می‌نماید. پس انسان حتی در پیشگاه ذات باری تعالی که ولی نعمت‌های بی‌شمار

۱. اسراء(۱۷): ۱۵.

اوست نیز آزاد است، چه رسد در برابر نهادهای قانونگذاری بشری و عادی که توسط خود شهروندان و با رأی آنان شکل گرفته است.

اما گونه دیگر براءت، فرض بی گناهی انسان است تا زمانی که مراتب بزه کاری او در دادگاهی صالح به اثبات نرسیده باشد. این دو براءت به رغم همسویی، یکی نیستند و محتوای آن دو متفاوت است. گاه گفته می شود آنچه در اصول فقه و فقه اسلامی بیشتر رایج است و مجتهدان بدان پرداخته اند، همان براءت نوع اول است؛ اما براءت به معنای دوم ریشه ای غربی دارد. این نوشتار نشان می دهد که براءت به معنای دوم یا همان فرض بی گناهی دارای مبانی اسلامی بسیار روشنی است و فقیهان از دیرباز به مضمون آن در لابلای مباحث فقهی پرداخته اند. فرض براءت به دلیل برخورداری از دلایل استوار خاص خود در جای جای فقه به مناسبت مورد استناد قرار گرفته است. هم از این روی استادان حقوق کیفری پذیرش براءت را از ویژگی های نظام رسیدگی اتهامی اسلامی برشمرده اند.<sup>۲</sup>

مقاله حاضر نخست مبانی و ادله فرض براءت را مرور می کند. آنگاه آثار فرض براءت را تبیین می نماید. سپس امکان یا عدم امکان جابجایی فرض براءت و در واقع فرض بزهکاری متهم در موارد استثنایی را به بحث می گذارد و سرانجام به ذکر مواردی از استناد فقیهان به فرض براءت در مباحث گوناگون کیفری می پردازد.

### ۱. مبانی فرض براءت

فرض براءت در دیدگاه اسلامی مبانی انسانی، اجتماعی و سیاسی خود را دارد. از چشم انداز انسانی، اسلام به امنیت و نقش مهم آن در سعادت فردی و اجتماعی بشر بها می دهد. امنیت در تلقی اسلامی از دستگاه ارزش ها شأن والایی دارد. از نام های خداوند متعالی، یکی مؤمن<sup>۳</sup> به معنای امنیت بخش به انسان ها بلکه به تمام نظام هستی است. از اوصاف ذات مقدس پروردگار آن است که انسان را از ترس و هراس ایمان سازد.<sup>۴</sup> خداوند متعال هنگام توصیف شهر آرمانی و مطلوب خویش برخورداری از امنیت و آرامش شهروندان را از ارکان و عناصر اصلی آن می داند.<sup>۵</sup> بی گمان مقصود از امنیتی که در آیات پرشمار دیگر بر آن

۲. نک: آشوری، محمد، آیین داری کیفری، ج ۱، ص ۲۶، سمت، تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۶ ش.

۳. هو الله الذی لا إله الا هو الملك القدوس السلام المؤمن [حشر(۵۹): ۲۳]

۴. الذی أطعمهم من جوع و آمنهم من خوف [قریش(۱۰۶): ۴]

۵. و ضرب الله مثلاً قریه كانت آمنه مطمئنه بایتها رزقها من كل مكان فكفرت بأنعم الله فأذاقها الله لباس الجوع و الخوف بما كانوا يصنعون. [نحل(۱۶):

تأکید شده است تنها امنیت مادی و فیزیکی نیست. امنیت روحی و آرامش درونی - که چه بسا واژه "مطمئن" در آیه ۱۱۲ سوره نحل بدان اشاره دارد - نیز از نمونه‌های روشن امنیت است. بی‌گمان امنیت قضایی و ایمنی از اتهامات واهی و بی‌اساس و بزه‌کار و گناهکار شناخته نشدن به صرف توجه اتهام از نمونه‌های روشن امنیت است. محور امنیت حفظ جان و حیات انسان است و امیرالمؤمنین علی (ع) از جمله اقدامات و پیامدهای رسالت پیامبر (ص) را حفظ جان آدمیان برشمرده است.<sup>۶</sup>

از چشم‌انداز انسانی دیگری فرض برائت بر این اندیشه انسان شناختی استوار است که انسان پاک و مطهر و بی‌گناه متولد می‌شود و ذاتاً این توانایی و قابلیت را دارد که راه کمال و طهارت را بیابد. سرشتی که انسان بر آن آفریده شده است سرشت پاک و پاک‌نهادی و خداجویی است.<sup>۷</sup> آیات نکوهش انسان<sup>۸</sup> بی‌گمان ناظر است به واقعیت‌های بیرونی و عالم خارجی و این که در عمل بسیاری از آدمیان از ظرفیت پاک‌نهادی و فرشته‌خویی خود بهره نبرده‌اند. به همین ترتیب هر گاه ظاهر متنی از متون مقدس بر شقاوت ذاتی برخی انسان‌ها دلالت کند بر فرض صحت صدور حتماً باید آن را تفسیر و تأویل کرد؛ چه آن‌ها مخالف انبوهی از نصوص و متون دینی‌اند که انسان را پاک و مطهر قلمداد می‌کند. این گفته که هر مولودی بر فطرت پاک متولد می‌شود از پیامبر (ص) و اهل بیت او (ع) نقل شده است.<sup>۹</sup> انسان هم پاک‌نهاد است و هم آزاد تا راه کمال و خیر را بییابد؛ اگر در سنت، نقلی بر شقاوت ذاتی انسان دلالت کند یا باید آن را به دلیل مخالفتش با کتاب و سنت رد نمود یا تأویل کرد. حتی بنابر این که ابوالبشر آدم (ع) مرتکب گناهی شده باشد معنا ندارد که گناه او ملازم و همراه فرزندانش باشد. گناه و عصیان امری شخصی و متوقف بر اراده و اختیار است و معقول نیست که از شخصی به شخص دیگر سرایت نماید.

حتی خوانش‌هایی از "گناه نخستین"<sup>۱۰</sup> در نظریه مسیحیت که گناه نخستین آدم (ع) را ملازم با انسان می‌داند یا انسان را در موقعیت گناه فرض می‌کند با اندیشه فرض برائت

<sup>۶</sup> - بغدادی، محمدبن محمدبن نعمان (شیخ مفید)، الارشاد، ج ۱، ص ۲۴۲، مؤسسه آل‌البیت (ع)، چاپ دوم، ۱۴۱۶ قمری، قم

<sup>۷</sup> . فأقم وجهك للدين حنيفاً فطره الله التي فطر الناس عليها [روم (۳۰): ۳۰].

<sup>۸</sup> . مانند: إن الانسان خلق هلوفاً إذا مسه الشر جزوعاً وإذا مسه الخير منوعاً. [معارج (۷۰): ۱۹-۲۱]

<sup>۹</sup> . مجلسی، محمدباقر، بحار الانوار، ج ۳، ص ۳، مؤسسه الوفاء، بیروت، چاپ دوم، ۱۴۰۳ ق.

<sup>۱۰</sup> . برای ملاحظه توضیحاتی در این باره نک: ملایوسفی، مجید و داوود معماری، گناه نخستین از دیدگاه اسلام و مسیحیت، مجله ادیان و عرفان،

شماره ۴۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، صص ۱۰۱-۱۲۶.

ناسازگار به نظر نمی‌رسد؛ شاید از جمله از آن روی که سطح و لایه گناه معنوی و گناه دنیوی یعنی تخلف از نظامات اجتماعی و بشری با هم متفاوت‌اند. شاهد این که فرض برائت در همه فرهنگ‌ها و نظام‌های حقوقی اثرپذیرفته از مسیحیت مورد قبول قرار گرفته است.

از چشم‌اندازی اجتماعی عدم‌پابندی به فرض برائت و لوازم و بازتاب‌های فرض برائت به اختلال نظام اجتماعی می‌انجامد. از جمله دلایلی که متکلمان اسلامی بر لزوم بعثت و پیامبری اقامه کرده‌اند حفظ نظام اجتماعی معیشت انسان است.<sup>۱۱</sup> بر همین پایه آنچه که مایه قوام نظام اجتماعی زندگی انسان باشد لازم و آنچه سبب اختلال آن گردد حرام است. هر گاه بنا باشد افراد به صرف اتهام، مجرم و گناهکار قلمداد شوند شیرازه جامعه و حیات اجتماعی گسسته می‌شود. بی‌گمان حکمت شارع مقدس حکیم می‌طلبد که این باب شر و بدی بسته شود.

از چشم‌اندازی سیاسی، حکمت ایجاب می‌کند که شارع حکیم از فرد - که اصولاً فرودست است - در برابر دولت - که اصولاً فرادست است - حمایت کند. انسان بدون حمایت فرض برائت در معرض خطر شدید اتهام‌های دولت است. حکومت و دولت در هر حال قوی‌تر از فرد است. لزوم موازنه و تعادل میان امکانات و توانایی‌های فرد و دولت ایجاب می‌کند که فرض برائت تأسیس شود.

این مبانی چنان که پیداست فرض برائت را تنها در مرحله دادرسی اثبات نمی‌کند؛ بلکه بیانگر لزوم پابندی بدان در همه مراحل رسیدگی قضایی، اداری و حتی فراتر از آن در سطح امر ذهنی و فرهنگی است. اسلام بر پایه بنیادهای پیش‌گفته از سوءظن به دیگران نهی می‌کند<sup>۱۲</sup> و توصیه می‌نماید تا آدمیان به دیگران به دیده درستی و پاکی نظر کنند و جز در زمانه‌ای که شر و بدی غالب شده است رفتارهای یکدیگر را بر درستی و نیکویی حمل کنند.<sup>۱۳</sup> پیداست که این آموزه اسلامی نقش مهم در پابندی عملی به فرض برائت و کاهش پرونده‌های جنایی دارد.

<sup>۱۱</sup> نک: حلی، حسن بن یوسف، کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد، ص ۴۶۹، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ چهاردهم، ۱۴۳۳.

<sup>۱۲</sup> یا ایها الذین آمنوا اجتنبوا کثیراً من الظن. [الحجرات (۴۹): ۱۲].

<sup>۱۳</sup> إِذَا اسْتَوَلَى الصَّالِحُ عَلَى الزَّمَانِ وَأَهْلِهِ ثُمَّ أَسَاءَ رَجُلٌ الظَّنَّ بِرَجُلٍ لَمْ تَظْهَرْ مِنْهُ حُوبَةٌ فَقَدْ ظَلَمَ، وَإِذَا اسْتَوَلَى الْفَسَادُ عَلَى الزَّمَانِ وَأَهْلِهِ فَأَحْسَنَ رَجُلٌ الظَّنَّ بِرَجُلٍ فَقَدْ عَرَّرَ. (موسوی، سیدمحمد الرضی (سیدرضی)، نهج البلاغه، حکمت ۱۱۴، ص ۶۷۶، تحقیق: صبحی الصالح، چاپ اول، قم، دار الأسوه، ۱۴۱۵ق).

## ۲. ادله فرض برائت

فرض برائت جدا از ریشه‌های تاریخی آن، در فرهنگ‌ها و تمدن‌های مختلف از جمله تمدن غربی، اصل اسلامی کاملاً شناخته شده‌ای است: فقیهان و محققان اسلامی از تمام مدارس و مذاهب اسلامی از دیرباز از سطح اجتماعی و سیاسی گرفته تا سطح آموزه‌های فقهی بدان استناد نموده‌اند.

### ۲.۱. قرآن مجید

دلیل فرض برائت از قرآن مجید انبوهی از آیاتی است که به ظن ارزش معرفت‌شناختی نمی‌دهد. قرآن می‌فرماید: [ان الظن لا یغنی من الحق شیئاً]<sup>۱۴</sup> از سوی دیگر انسان را از پیروی از جز علم باز داشته، می‌فرماید: [ولا تقف ما لیس لک به علم ان السمع و البصر و الفؤاد کل اولئک کان عنه مسئولاً].<sup>۱۵</sup> قرآن می‌فرماید: هر کس خطایی کند یا گناهی نماید آن گاه خود بی‌گناهی را بدان متهم نماید، مرتکب بهتان و گناهی آشکار شده است.<sup>۱۶</sup> پیداست که این آیه تنها کسانی را که گناهانی که خود مرتکب شده‌اند به دیگران نسبت می‌دهند، سرزنش نمی‌نماید؛ بلکه نسبت دادن گناه به بی‌گناهی به طور کلی نکوهیده است؛ خواه انسان خود آن را انجام دهد و آن را به دیگری نسبت دهد، یا تنها گناهی را به بی‌گناهی نسبت دهد.

### ۲.۲. سنت

#### ۲.۲.۱. نکوهش رفتار با دیگران بر پایه سوءظن

انبوهی از متون دینی رفتار با دیگران بر پایه بدگمانی و بویژه کیفر کردن مردم بر پایه ظن و گمان را نکوهش می‌کند. امام علی (ع) در پاسخ به ابن عباس که از او خواست بنیانگذاران جنگ ناعادلانه جمل را بگیرد و حبس نماید، فرمود:  
«ای فرزند عباس! آیا مرا فرمان می‌دهی تا با ظلم شروع کنم و پیش از نیکی با بدی آغاز کنم و بر پایه بدگمانی و اتهام مجازات کنم، و کسی را پیش از آن که مرتکب خطایی شده باشد مؤاخذه کنم؛ هرگز به خداوند سوگند! من از رفتار به عدالت و سخن گفتن

<sup>۱۴</sup>. یونس (۱۰): ۳۶ و النجم (۵۳): ۲۸.

<sup>۱۵</sup>. الاسراء (۱۷): ۳۶.

<sup>۱۶</sup>. النساء (۴): ۱۱۲.

متین و استوار که خداوند آن را با من عهد کرده است، عدول نخواهم کرد. من به آنان اذن دادم در حالی که به قصد آنان آگاه بودم.<sup>۱۷</sup>

همچنین هنگامی که عبدالله بن قعین یا فقیم از امیرالمؤمنین علی(ع) خواست تا خیریت بن راشد را که با وجود بیعت کردن با آن حضرت بر آن بود تا پس از قضیه تحکیم در صفین، بیعت شکنی نماید حبس نموده و بر وی سخت بگیرد، آن حضرت فرمود:

«اگر ما با هر کسی که او را متهم می‌سازیم چنین رفتار کنیم، باید زندان‌ها را از آن‌ها پر کنیم. من نمی‌توانم به مردم تعرض کنم و آنان را زندان و سیاست کنم، جز این که آشکارا و عملاً به مخالفت پرداخته باشند.»<sup>۱۸</sup>

به گزارش ابن قتیبه دینوری از جمله مواردی که امام حسین(ع) در نامه خود به معاویه یادآور شده و فرزند ابوسفیان را به علت آن نکوهش کرده این است که:

«خداوند منش تو را که مردم را بر پایه گمان دستگیر می‌کند و اولیای او را بر پایه تهمت می‌کشد فراموش نخواهد کرد.»<sup>۱۹</sup>

در خبر حمران از امام صادق(ع) هم در شمار نشانه‌ها و پدیده‌های نامطلوب آخرالزمان آمده است که:

«و خواهی دید که انسان‌ها بر پایه تهمت و سوءظن به قتل می‌رسند.»<sup>۲۰</sup>

## ۲.۲.۲. قاعده بینه

به موجب حدیث معروفی از پیامبر(ص) در هر گونه دعوایی، بار اثبات بر عهده مدعی است و منکر تنها سوگندی بر نفی ادعای منکر یاد می‌کند.<sup>۲۱</sup> این قاعده که افزون بر دلایل نقلی، دلایل استواری از جمله بنا و روش عقلا هم بر آن گواهی می‌دهد، از قواعد اثبات دعوا در سیستم رسیدگی اسلامی است.<sup>۲۲</sup> با آن که فقیهان اغلب قاعده را در شمار قواعد

<sup>۱۷</sup> یا ابن عباس أتأمرنی أن أبدأ بالظلم وبالسئنه قبل الحسنه، وأعاقب علی الظنه والتهمه وأخذ بالفعل قبل كونه؟ كلا! والله لا عدلت عما أخذ الله علی من الحكم بالعدل ولا القول بالفصل. یا ابن عباس! إننی أذنت لهما وأعرف ما یكون منهما. (بغدادی، محمد بن محمد بن النعمان(شیخ مفید)، الجمل، ص ۱۶۷، مرکز النشر التابع لمكتب الاعلام الاسلامی، تحقیق: علی میر شریفی، قم، ۱۳۷۱ ش).

<sup>۱۸</sup> ثقفی بغدادی، ابراهیم بن محمد، الغارات، ج ۱، ص ۳۳۵، انجمن آثار ملی، تهران، چاپ اول، ۱۳۹۵ ق.

<sup>۱۹</sup> دینوری، ابن قتیبه، الامامه و السیاسه، ج ۱، ص ۲۰۳، نشر الشریف الرضی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳ ق.

<sup>۲۰</sup> کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، ج ۸، ص ۳۹، دار الکتب الاسلامیه، تهران، چاپ ششم، ۱۳۸۷ ش.

<sup>۲۱</sup> همان، ج ۷، ص ۴۱۵.

<sup>۲۲</sup> نک: بجنوردی، سیدحسن، القواعد الفقهیه، ج ۳، ص ۴، اسماعیلیان، قم، چاپ دوم، ۱۳۷۱ ش.

مدنی آورده‌اند، ولی به رغم تفاوت‌های میان دعوی کیفری و مدنی شک نیست که مضمون و محتوای کلی قاعده بینه دعوی جزایی را هم شامل است. این البته به معنای آن نیست که نظام ادله اثبات در دعوی کیفری و مدنی یکسان است.

## ۲.۲.۳. ادله قاعده درء

قاعده درء در فقه اسلامی قاعده‌ای بسیار شناخته شده است.<sup>۲۳</sup> به موجب این قاعده در فرض وجود شک معقول، مجازات اجرا نمی‌شود. حتی در جرایم و اتهامات حق‌اللهی، معقول و متعارف بودن شبهه هم چندان شرط نیست. بلکه قاصی در حق جرایم حق‌الله می‌تواند خود شبهاتی مانند توبه را مطرح کند و بدان دامن بزند. بر پایه روایتی که در منابع امامیه از پیامبر(ص) نقل شده آن حضرت فرموده‌اند:

«إدرؤوا الحدود و بالشبهات»<sup>۲۴</sup>

برابر این قاعده حکم به مجرمیت متهم باید مستند به یقین و قطع قضایی باشد. این به معنای آن است که تا دلیل قاطعی بر مجرمیت متهم گواهی ندهد، فرض را باید بر بی‌گناهی او گذاشت. گاه البته فرض برائت، اصل قلمداد می‌شود و قاعده درء از نتایج فرض برائت به شمار می‌آید.<sup>۲۵</sup> به همین ترتیب با توجه به این که در برخی از نقل‌های حدیث درء در منابع اهل سنت از پیامبر(ص) آمده است که:

«فإن الامام أن يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبه»<sup>۲۶</sup>

«اگر امام در عفو کردن خطا کند بهتر است تا در مجازات اشتباه کند.»

از قاعده دیگری به نام قاعده تقدم اشتباه در عفو بر اشتباه در مجازات یاد می‌شود. به همین ترتیب فقیهان پیوسته تأکید می‌کنند که: «إن مبني الحدود على التخفيف»: «مبنای حدود بر تخفیف و آسان‌گیری است.» بر این مطلب البته در باب حدود حق -

---

<sup>۲۳</sup>. برای نمونه نک: محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، بخش جزائی، قاعده درء، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ هفدهم، ۱۳۸۹؛ ربانی، محمدحسن، قاعده الدرء، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۸ق.م.

<sup>۲۴</sup>. الصدوق، محمد بن علی بن الحسین، من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۷۲، شماره ۵۱۴۶۰، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۰۴ق.

<sup>۲۵</sup>. نک: احمد عبدالله، مجید خضر، افتراض براءه المتهم، مجله جامعه تکریت للعلوم الإنسانیه، مجلد ۱۴، شماره نهم، ۲۰۰۷، صص ۴۲۱-۴۷۹.

<sup>۲۶</sup>. ترمذی، محمدبن عیسی، جامع الترمذی، ص ۳۴۵، حدیث ۱۴۲۴، دار السلام، ریاض، چاپ اول، ۱۴۲۰ق.



-الله تأکید بیشتری شده است.<sup>۲۷</sup> این قواعد خواه بیان و عبارتی دیگر از مضمون قاعده درء باشند یا با آن متفاوت باشند، در هر حال به نوعی فرض برائت و لزوم سخت گیری در اثبات مجرمیت متهم را یادآور می‌شوند. هرچند پیداست که بویژه مفاد قاعده مبتنی بودن حد بر تخفیف اعم از فرض برائت است.

## ۲.۲.۴. دشواری یا عدم امکان اثبات ترک فعل و بی گناهی

اگر فرض برائت معتبر نباشد باید از متهم خواست تا بی گناهی و موضع سلبی خود را اثبات کند. اثبات بی گناهی و ترک فعل یا غیرممکن یا بسیار دشوار است. از حکمت شارع مقدس که سرچشمه خرد و خردمندی است بسی به دور است که نظام اثبات قضایی را این گونه طراحی کند؛ زیرا نتیجه عدم شناسایی فرض برائت آن است که متهم خود را از اثبات بی گناهی اش ناتوان ببیند و در نتیجه به جرم ناکرده اعتراف کند؛ این در حالی است که واگذاری بار اثبات به عهده کسی که مدعی ارتکاب رفتاری وجودی از متهم است آسان تر و معقول است. در برخی روایات به این نکته اشاره شده است. در خبر محمد پسر سنان از امام رضا(ع) در باره خلاف اصل بودن قسامه و اثبات قتل با سوگند مدعیان آمده است که:

«علت این که در تمام دعاوی جز دعاوی قتل بینه بر عهده مدعی و یمین بر عهده مدعی علیه است آن است که مدعی علیه منکر است و اقامه بینه بر انکار و امر مجهول ناممکن است.<sup>۲۸</sup>»

## ۲.۲.۵. استصحاب حال بی گناهی و بزه ناکردگی

قاعده استصحاب و عدم جواز عدول از یقین به صرف شک از قواعد و اصول اسلامی است. مذاهب گوناگون اسلامی به رغم اختلاف در دامنه کاربست استصحاب آن را معتبر می‌دانند. با توجه به این که حالت سابق و پیشینی در هر انسانی بی گناهی است در فرض شک در گناهکاری و بزهکاری او علی القاعده باید بنا بر بی گناهی او گذاشت. استصحاب بی گناهی را می‌توان به دو گونه عدم‌زلی یا عدم‌وصفی جاری کرد.

<sup>۲۷</sup> تنها برای نمونه نک: نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۱۵۷، ۱۹۰، ۱۹۲، ۲۱۹، ۲۷۶، ۳۰۱، ۳۰۶، ۳۳۹، ۳۶۸، ۴۰۵ و ۴۱۰، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۹۸۱م.

<sup>۲۸</sup> حر عاملی، محمد بن الحسن، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۱۷۲، المکتبه الاسلامیه، تهران، ۱۴۰۱ق.

بنابر استصحاب عدم‌ازلی گفته می‌شود: زید پیشتر که موجود نبود، گناه مورد شک و سؤال را مرتکب نشده بود، اکنون نیز با وجود شک و گمان، همان حالت بی‌گناهی سابق استصحاب می‌شود. اعتبار استصحاب عدم‌ازلی البته مناقشات خاص خود را دارد. بنابر استصحاب عدم‌وصفی گفته می‌شود: زید پیشتر ناکرده بزه بود؛ اکنون نیز بی‌گناه قلمداد می‌شود. این گونه استصحاب البته بر بنیادی انسان‌شناختی مبتنی است و آن طهارت و پاکی انسان است. باید یادآور بود که استدلال برای برائت با تکیه بر استصحاب، منزلت فرض برائت را به ادله فقهاتی و ثانویه تنزل نمی‌دهد. فرض برائت -چنان که می‌بینیم- ادله خاص خود را دارد و در هر حال از امارات مجعول شرعی است و بر اصول عملیه تقدم دارد.

## ۲.۲.۶. قاعده و اصل صحت

قاعده صحت نیز از قواعد مهم فقهی است. می‌توان قاعده صحت را هم به نوعی از ادله فرض برائت قلمداد کرد. زیرا برابر این قاعده باید در فرض شک در صحت رفتاری که از کسی سرزده است اصل را تا جای امکان بر درستی و صحت آن گذاشت و این به معنای بنا بر برائت و بی‌گناهی تا زمان اثبات جرم و گناه است. قاعده اصالة الصحة بی‌گمان به مسلمان اختصاص ندارد و آن را در مورد هر انسان متعارفی از هر کیش و آیینی که باشد بسته به معتقدات و ارزش‌های مورد قبولش می‌توان به کار بست. ذکر قید مسلمان در برخی روایات قاعده صحت هرگز به معنای اختصاص آن به مسلمان نیست. در موارد زیادی پیامبر(ص) و معصومان(ع) از آن روی که خطاب به مسلمانان و وظایف آنان را در جامعه اسلامی بیان می‌کردند، قید مسلمان را بکار برده‌اند؛ اما این هرگز به معنای اختصاص مفهوم و محتوای آن آموزه به مسلمان نیست. پیامبر(ص) در ابتدای ورود به مدینه پیمان‌نامه‌ای میان قبایل گوناگون مسلمان و غیرمسلمان منعقد فرمود و حتی همه اطراف پیمان‌نامه را امت خواند و به غیرمسلمانان حتی در عرصه مسایل نظامی و دفاعی اعتماد فرمود.<sup>۲۹</sup>

## ۲.۲.۷. الحاق فرد مشکوک به حالت غالب

هم به حکم مبانی انسان‌شناسی پیش گفته و هم بر پایه شواهد تجربی اکثریت افراد

<sup>۲۹</sup> نک: احمدی میانجی، علی، مکاتیب الرسول(ص)، ج ۳، ص ۶، دار الحدیث، چاپ اول، قم، ۱۴۱۹ق.

جامعه را نیکوکاران تشکیل می‌دهند و شمار بزهکاران و تبهکاران اصولاً در اقلیت است. الحاق فرد متهم به حالت غالب و اکثری مقتضای حکمت و خرد است. درست است که الحاق فرد مشکوک به حالت غالب بر بیش از ظن و گمان مبتنی نیست؛ اما الحاق فرد مشکوک به حالت نادر هرگز وجه عقلانی ندارد؛ زیرا مصداق الحاق فرد مشکوک به مورد نادر است. بدین سان با متهم معامله فرد بزه ناکرده نمودن عین صواب و خرد است.

## ۲.۲.۸ اصل اباحه

می‌دانیم که به موجب اصل اباحه هر گاه در حکم رفتاری شک پیدا شود می‌توان اصل را بر اباحه گذاشت. آیا اصل اباحه بدین معنا را هم می‌توان در شمار ادله فرض برائت قلمداد کرد؟ به نظر می‌رسد که اصل اباحه همچون اصل برائت حکمی بیشتر در مقام بیان حکم شارع در فرض شک است. محتوای اصل اباحه بیشتر با برائت اصولی و قاعده قبح عقاب بلا بیان هماهنگ است. هر چند این دو نیز تفاوت‌های خاص خود را دارند؛ مورد برائت اعم از شک در وجوب یا حرمت است؛ حال آن که اصل اباحه به شک در حرمت اختصاص دارد؛ به علاوه مضمون اصل اباحه از آن روی که مستفاد از ادله شرعی است، همچون مضمون و محتوای امارات حکم واقعی است؛ حال آن که مضمون اصل برائت، بیان حکم ظاهری عملی و صرفاً برای خروج از موقعیت شک و تردید است. به هر روی فرض برائت چنان که دیدیم ادله استوار و تردید ناپذیر خاص خود را دارد و از اصل اباحه همچون دلیل بی‌نیاز است. بلی گاه بویژه در مقام تفسیر قانون یا متن دینی فرض بر اباحه گزارده می‌شود و نتیجه آن بی‌گناهی مرتکب است.

## ۳. آثار فرض برائت

### ۳.۱. لزوم اثبات بزهکاری متهم توسط شاکی

از جمله آثار مستقیم فرض برائت واگذاری بار اثبات به عهده متهم است. در واقع چون متهم بی‌گناه قلمداد می‌شود این نهادهای تحقیق، تعقیب و دادرسی هستند که باید بر پایه قواعد اثبات دعوی جزایی مراتب بزهکاری متهم را ثابت کنند. متهم ملزم نخواهد بود که بر برائت و بی‌گناهی خود دلیل بیاورد. به همین ترتیب عدم اقدام متهم برای اثبات بی‌گناهی خود را هرگز نباید به پذیرش گناهکاری توسط وی تفسیر و تعبیر کرد. از این روی

سکوت متهم هرگز به معنای پذیرش بزهکاری نیست. بلی متهم می تواند ادله ای که علیه وی ارایه می شود را نقد و رد کند یا در اصالت و ارزش قضایی آن تشکیک نماید؛ چنان که حق دارد به بزهکاری خود داوطلبانه و البته بدون هرگونه تحمیل یا خدای ناکرده شکنجه که برابر موازین اسلامی مطلقاً و در هر حال حرام و نکوهیده است اعتراف نماید.<sup>۳۰</sup>

### ۳.۲. تفسیر شک به سود متهم

از دیگر پیامدهای فرض براءت، لزوم تفسیر شک به سود متهم است؛ زیرا تفسیر شک به سود متهم مقتضای فرض براءت و مؤکد آن است. پس اگر برابر ادله موجود قاضی شک داشته باشد که آیا متهم فلان رفتار را مرتکب شده است یا نه؛ اصل را بر عدم انجام کار می گذارد. نیز هر گاه شک داشته باشد که رفتار ارتكابی از سوی متهم کاربست و اجرای یک حق بوده یا اعتدا و عدوان به حق دیگران، به موجب فرض براءت بنا را باید بر حق بودن آن نهاد. به همین ترتیب هرگاه روشن باشد که رفتار ارتكابی مصداق و نمونه عنوان مجرمانه ای است، اما شک باشد که آیا عمل ارتكابی مصداق جرم اشد است یا اخف بنا بر وصف اخف گزارده می شود. همچنین هر گاه مضمون شهادت علیه متهم یا دیگر ادله استنادی مبهم باشد به وجه خفیف تر تفسیر و تعبیر می شود. پس اگر برای نمونه شاهد گواهی دهد متهم به بزه دیده ایراد جرح نمود، تا جای امکان ایراد جرح به قتل تفسیر و تعبیر نمی شود، همچنان که ایراد جرح به شدیدترین گونه جرح است تفسیر نمی شود. بدین سان مقتضای فرض براءت بسته به مورد متفاوت است؛ گاه اصل بزهکاری رد می شود، گاه بزه شدیدتر به استناد فرض براءت نفی می شود.

### ۳.۳. لزوم حکم به بزهکاری بر پایه اطمینان

عدول از فرض بی گناهی متهم به فرض بزهکاری او تنها بر پایه اعتقاد و اطمینان قوی به بزهکاری وی با استناد به ادله موجود ممکن خواهد بود. از این روی میان حکم به براءت و حکم به مجرمیت تفاوت ماهوی وجود دارد و حکم به براءت حتی در فرض شک در بزهکاری هم ممکن است، بلکه در این فرض حکم به براءت متعین است و عین

---

<sup>۳۰</sup> به طور کلی پذیرش این که بار اثبات بزهکاری بر عهده شاکی است، مراعات مسائل شکلی فراوانی را در جریان رسیدگی و آیین دادرسی ایجاب می نماید. (نک: شاملو، باقر، "اصل براءت در نظام های نوین دادرسی"، در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، صص ۲۶۲-۲۸۳)، سمت، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۳.

پایندی به فرض برائت و ادله حجیت آن ارزیابی می شود. حال آن که حکم به مجرمیت تنها بر پایه یقین و اطمینان قضایی امکان پذیر خواهد بود. ناگفته پیداست یقین قضایی که برای حکم به مجرمیت بدان نیازمندیم، نه یقین فلسفی و بدیهی و ضروری که یقین قضایی است؛ چنان یقینی که ذهن و وجدان قاضی را قانع نموده باشد. بلی در جرایم مشهود ممکن است برای مقامات تحقیق و تعقیب و رسیدگی هم گاه یقین و اطمینان بدیهی پیدا شود، اما چنین یقینی به ندرت حاصل می شود.

#### ۴.۴. عدم امکان پیش بینی عکس فرض برائت در قوانین و مقررات

از جمله پیامدهای فرض برائت عدم امکان پیش بینی اماره مجرمیت به جای اماره برائت است. این وارونه سازی خلاف ادله شرعی است که به پایندی به برائت فرمان می دهد. گذشت که به فرض برائت در همه مراحل دعوی جنایی و حتی فراتر از آن باید پایبند بود. التزام به فرض برائت از آغازین مراحل شکل گیری دعوی جنایی سبب می شود تا نتوان به مقامات تعقیب و تحقیق فرصت داد تا فرض را بر مجرمیت نهند. وارونه ساختن فرض برائت در موارد استثنایی آن گونه که در قوانین برخی کشورها و حتی عهدنامه های بین المللی مانند کنوانسیون پالمو دیده می شود<sup>۳۱</sup> کاملاً بر خلاف اصل است. خواهد آمد که برای وارونه سازی فرض برائت و در واقع فرض مجرمیت در موارد استثنایی باید کاملاً محتاط بود. فرض طلایی برائت را به آسانی نباید به مسلخ برد.

#### ۵.۳. حفظ آبروی متهم در رسانه های جمعی و عمومی

فرض برائت ایجاب می نماید که مراتب اتهام متهم و نه بزه کاری او در سطح جامعه و رسانه های عمومی به خوبی مراعات شود، حتی اگر این کار مستلزم عنوان حرام دیگری نباشد، به خودی خود شرعاً حرام است؛ چه رسد به این که مستلزم محرمات دیگری مانند هتک حرمت متهم، دروغ بستن به وی، بهتان زدن به وی، اشاعه فحشا و توهین به شخص و محروم ساختن وی از خوشنامی و زیان رسانیدن به کسب و کار و وجهه اجتماعی او باشد.

---

<sup>۳۱</sup>. برای ملاحظه توضیحات بیشتری در این باره نک: شمس ناتری، محمدابراهیم، "اصل برائت و موارد عدول از آن در حقوق کیفری"، در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، صص ۲۸۴-۳۰۲، سمت، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۳.

### ۳.۶. کاهش موارد بازداشت موقت تا جای امکان

فرض برائت می‌طلبد تا بازداشت موقت متهم تنها در فرض ضرورت، جایز و روا باشد. زیرا بازداشت موقت حتی در آسان‌ترین شکل آن نوعی اعمال سلطه در شؤون متهم و محدود کردن آزادی‌های فردی وی است. به موجب قاعده تسلیط و اصل عدم ولایت کسی بر دیگری<sup>۳۲</sup> تنها در فرضی می‌توان در آزادی‌های دیگران دخالت کرد که ادله و شواهد کافی بر جواز این کار وجود داشته باشد. فقها از دیرباز با در ذهن داشتن فرض برائت و پاسداشت آن به این نتیجه و پیامد فرض برائت پایبند بوده‌اند. تنها برای نمونه محقق حلی آورده است که: «هر گاه مدعی بینه‌ای اقامه کند و حاکم به عدالت گواهان اطمینان نداشته باشد و مدعی حبس و بازداشت منکر را مطالبه نماید تا عدالت بینه ثابت شود، شیخ طوسی گفته است: حبس متهم جایز است؛ چون بینه برای آنچه مدعی ادعا می‌کند موجود است.»<sup>۳۳</sup> اما محقق خود افزوده است که: حکم به حبس متهم مشکل است؛ زیرا با چنان بینه‌ای چیزی اثبات نشده است تا سبب مجازات شود.<sup>۳۳</sup>

همین اختلاف نظر در مورد حبس بدهکاری که مدعی اعسار است در فرضی که صحت ادعای او روشن نیست و بینه‌ای هم در میان نیست، وجود دارد. بلی در فرضی که حالت پیشینی، یسر و دارایی باشد، برخی با تکیه بر اصل بقای مال، حکم به جواز حبس بدهکار داده‌اند.

به همین ترتیب هر گاه مدعی ادعا کند بینه‌ای دارد که غایب است، حاکم، مدعی را میان صبر تا زمان آوردن بینه و سوگند دادن متهم مخیر می‌سازد و حق بازداشت او یا مطالبه کفیل از وی را ندارد. نیز هر گاه مدعی مال تنها یک شاهد داشته باشد و ادعا کند که شاهد دیگری هم دارد و از دادگاه بخواهد تا بدهکار را حبس نماید، بنا بر رأی می‌توان به حبس متهم حکم نمود؛ زیرا او می‌تواند با ادای سوگند دعوی خود را اثبات کند. با این حال محقق حلی به درستی یادآور شده است که حکم به حبس اشکال دارد؛ زیرا این به معنای سزادادن متهم پیش از اثبات قضایی دعوی است.<sup>۳۴</sup> حتی می‌توان گفت: ادله‌ای که از عدم جریان کفالت در حد نهی می‌کند نوعی تأکید

---

<sup>۳۲</sup> این دو قاعده از قواعد بنیادین اسلامی در زمینه حقوق عمومی است. هر چند در تحقیقات فقهی رایج اغلب در زمینه مباحث حقوق خصوصی بکار بسته شده است.

<sup>۳۳</sup> نک: حلی، جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۶۷، اسماعیلیان، قم، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.

<sup>۳۴</sup> همان، ج ۴، ص ۱۳۵.

بر فرض برائت است. در واقع مضمون این حکم آن است که در فرض عدم تمامیت ادله علیه متهم همان فرض برائت برای رهایی و آزادی وی کافی است. با وجود فرض برائت نمی‌توان متهم را به دادن کفالت الزام نمود؛ چه، این، باری زائد و تکلیفی اضافی بر دوش اوست. از این روی نصوص ناظر به نفی کفالت در حد را می‌توان به مطلق دعوی جنایی تعمیم داد. حدود اصطلاحی از این لحاظ ویژگی ندارند که عدم جریان کفالت را بدان محدود سازیم.<sup>۳۵</sup>

### ۷.۳. ایراد دعوی به طور جزم

شاید بتوان گفت ایراد دعوی به طور جزم و نه با حال شک و گمان از پیامدهای پایبندی به فرض برائت است. در واقع، از آن روی که به مضمون و محتوای برائت باید در همه مراحل پایبند بود، طرح شکایت کیفری هم باید به صورت جزم و یقین باشد. محقق حلی بی‌آن که به فرض برائت اشاره کند در بیان شرایط دعوی قتل گفته است: دعوا باید به طور جزم و یقین ایراد شود؛ پس اگر شاکی بگوید: گمان می‌برم یا احتمال می‌دهم دعوا شنیده نخواهد شد. آن گاه می‌افزاید: برخی از فقهای معاصر من در فرض وجود تهمت چنین دعوایی را می‌پذیرند و منکر را سوگند می‌دهند؛ ولی این رأی با اصول و قواعد مربوط به دعوا سازگار نیست.<sup>۳۶</sup>

با این حال گرچه بستن باب دعاوی بی‌بنیاد نیکوست؛ الزام شاکیان به طرح دعوا به طور یقینی هم بی‌اشکال نیست؛ این امر چه بسا سبب شود بسیاری از طرح دعوا و شکایت خود سر باز زنند، و بدین سان حق آنان بر پناه بردن به دادگاه بی‌جهت محدود شود. در واقع در مقام ترسیم شروط طرح دعوا و شکایت باید هم باب اتهام‌های گزافی و بی‌مبنا را بست و هم از تحدید و تضییق بی‌دلیل حق مردم بر دسترسی به محکمه و دادگستری پرهیز نمود. وجود قرائن اطمینان‌بخش برای توجه اتهام در طرح دعوی کیفری کفایت می‌کند؛ زیرا فرض بر این است که اتهام به آسانی پذیرفته نمی‌شود؛ بلکه با لحاظ فرض برائت تنها در صورت وجود دلایل کافی حکم به مجرمیت می‌شود.

---

<sup>۳۵</sup> نگارنده در مقاله ای جداگانه با عنوان "کفالت در حد و تعزیر در فقه امامیه" که به زودی نشر خواهد شد این دیدگاه را به تفصیل به بحث گذاشته است.

<sup>۳۶</sup> حلی، جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۱۳۵.

بلی ظاهر آن است که برابر مبانی دینی به صرف شک نمی‌توان انگشت اتهام به سوی کسی دراز کرد. شاید فتوای سخت‌گیرانه محقق حلی و فقیهانی که چنان گفته‌اند برای زمانه‌ای که دولت مدرن و دارای امکانات امروزی وجود نداشته است، مناسب باشد. در چنان شرایطی گذراندن شکایت از صافی جزم و یقین تا اندازه زیادی از طرح شکایت‌های واهی جلوگیری می‌کرده است؛ اما امروزه شایسته نیست با وجود نظام دادرسی وجدان مردم را بی‌اندازه درگیر بررسی صحت و سقم امور نمود. بویژه این که بسیاری از جرایم صورت فنی به خود گرفته است. واگذاری تعیین تکلیف امور پیچیده به مردم ذهن و روان آنان را بی‌اندازه درگیر می‌کند. با این حال این هرگز به معنای جواز طرح شکایات واهی و سست علیه دیگران نیست. این کار در هر حال شرعا و اخلاقاً موجه نیست. سخن در این است که حق مردم به دسترسی به محکمه را نباید به علم و آگاهی به جزئیاتی که اطمینان بدانها برای نوع مردم دشوار است واگذار نمود.

### ۸.۳ ممنوعیت محاکمه غایب در امر کیفری

از پیامدهای فرض برائت ممنوعیت محاکمه غایبی متهم است؛ زیرا در فرض نبود و حضور متهم، عبور از مقتضای فرض برائت به دقت صورت نمی‌گیرد. اگر متهم خود حضور داشته باشد هر لحظه ممکن است به اسباب و عوامل موجهه جرم یا علل رافع مسئولیت کیفری یا اسباب تخفیف مجازات استناد نماید؛ امری که در نبود او عملاً امکان‌پذیر نیست. با این حال در دعوی مدنی نظر به تزاخم میان حق مدعی علیه بر دفاع و حق مردم بر رسیدگی به شکایاتشان محاکمه به طور غایبی برگزار می‌شود؛<sup>۳۷</sup> هرچند در این صورت نیز غایب بر حجت و دلیل خویش باقی است.

با این حال، از چشم‌انداز نظم عمومی بازنهادن باب نقض حکم غایبی برای همیشه و حتی تا زمان طولانی مبنای استوار و مقبولی ندارد. به هر حال مصالح گوناگونی شناسایی مرور زمان رسیدگی مجدد را -حتی در موارد رسیدگی غایبی- تجویز و حتی الزامی می‌کند.

---

<sup>۳۷</sup> نک: محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، ج ۳، (بخش قضایی)، ص ۲۳۳، مرکز نشر اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۸۱. با این حال به نظر ما محاکمه غایبی در امور مدنی که اصولاً شرایطی هم دارد را در شمار قواعد آوردن چندان مناسب به نظر نمی‌رسد. حکم به جواز در موارد مقرر آن قدر که برخلاف اصل است مطابق اصل و قاعده نیست.



### ۹.۳. عدم جریان سوگند در دعوی کیفری

از لوازم فرض براءت، عدم جریان سوگند در دعوی کیفری است؛ بدین معنا که سوگند نمی‌تواند از ادله اثبات دعوی کیفری باشد. در منابع روایی امامیه آمده است که:

«لا یمین فی الحد»<sup>۳۸</sup>

«سوگند در حد راه پیدا نمی‌کند.»

بی‌گمان مقصود از سوگند خواه سوگند شاکی باشد یا سوگند متهم، مراد از حد خصوص حدود اصطلاحی نیست. به طور کلی در فرق نهادن میان حد و تعزیر از چنین جهاتی، جانب احتیاط را نباید از دست داد.<sup>۳۹</sup> عدم جریان سوگند در حد اغلب همچون قاعده‌ای قلمداد شده و بدان استناد شده است. محقق حلی گفته است: دعوا در حدود بدون بینه پذیرفته نمی‌شود و سوگند با صرف ادعا به متهم متوجه نمی‌شود؛ آری اگر کسی با نسبت زنا دادن به دیگری وی را قذف نماید، در حالی که بینه‌ای هم ندارد؛ و مقذوف علیه قاذف طرح دعوا کند، شیخ طوسی در مبسوط گفته است: جایز است که متهم سوگند ادا نماید تا حد قذف را بر قاذف اثبات نماید؛ آنگاه محقق حلی می‌افزاید: ولی این مسأله مشکل است؛ زیرا در حد، سوگند راه پیدا نمی‌کند.<sup>۴۰</sup>

حتی اگر دعوی دارای دو جنبه مدنی و جزایی باشد، سوگند به اعتبار جنبه مدنی آن با شرایط مقرر پذیرفتنی است، اما با استناد به سوگند نمی‌توان جنبه جزایی مسأله را حل و فصل نمود. هم از این روی در اتهام سرقت، منکر می‌تواند برای نفی غرامت مالی سوگند ادا نماید و با استنکاف از سوگند باید مال ادعا شده را بپردازد، اما حتی بنابر این که به مجرد نکول مدعی علیه می‌توان علیه او حکم داد، مجازات سرقت اثبات نمی‌شود.<sup>۴۱</sup>

### ۳.۱۰. جواز استناد به دلایل تحصیل شده از شیوه‌های نامشروع

گاه گفته می‌شود: از نتایج فرض براءت آن است که برای اثبات براءت می‌توان به دلایلی که از راه‌های غیر شرعی تحصیل شده است، استناد نمود؛ این در حالی است که برای حکم به مجرمیت دلایل استنادی حتماً باید از طریق مشروع به دست آمده باشد.

<sup>۳۸</sup>. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، ج ۷، ص ۲۵۵.

<sup>۳۹</sup>. نک: نوبهار، رحیم، "جستاری در مبانی تقسیم بندی حد-تعزیر در فقه کیفری اسلام"، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۶۳، پاییز ۱۳۹۲، صص ۲۱۳-۲۵۴.

<sup>۴۰</sup>. حلی، جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۸۲.

<sup>۴۱</sup>. همان.

در این که برای حکم به مجرمیت باید به دلایل مشروع تمسک کرد کمتر تردید می‌شود؛ هر چند برابر رأی دیگر دلیل در هر حال دلیل است و تا آن جا که به وجه اثباتی آن بازمی‌گردد در صورت تحصیل دلیل به هر حال بر مدلول خود گواهی و دلالت دارد؛ اما عدول از مقتضای فرض برائت به استناد دلایل نامشروع مانند اقرار حاصل از شکنجه ممکن نیست. ضمن اینکه گشودن این باب که دلیل تحصیل شده از راه نامشروع می‌تواند مستند حکم قاضی قرار بگیرد، به معنای گشودن باب خطرناکی است که به اصول و بنیادهای دادرسی منصفانه آسیب می‌رساند. دور نیست که شارع مقدس با بستن این باب فساد و شر از طریق بی‌اعتبار ساختن ادله تحصیل شده همدل باشد.

### ۱۱.۳. حق متهم بر آگاهی بر اتهام وارده

پایبندی به فرض برائت ایجاب می‌کند تا متهم در سریع‌ترین وقت ممکن از اتهامی که متوجه اوست آگاه شود. شاید شمول و عموم فرض برائت حتی به معنای ذهنی و فرهنگی آن لزوم آگاهی متهم را ایجاب نماید. گویی شارع مقدس راضی نیست با انسانی که بنا بر فرض، بی‌گناه است حتی در محدوده دآوری ذهنی هم معامله مجرم شود؛ بنابر این باید متهم را در جریان گذاشت تا او هر چه زودتر برای هر گونه دفاع احتمالی از خود آماده باشد.

### ۱۲.۳. حق بر محاکمه عادلانه

فرض برائت با شناسایی حق متهم بر محاکمه عادلانه هم ملازمه دارد. در واقع از ادله‌ای که رعایت فرض برائت را همچون تکلیفی بر عهده مقامات تحقیق، تعقیب و دادرسی می‌نهد، حق متهم بر محاکمه عادلانه استنتاج می‌شود. به لحاظ تحلیلی گویا برخوردار بودن متهم از حق به مثابه حکمی وضعی از حکم تکلیفی لزوم بنیانگذاری بر برائت استنتاج می‌شود. استحصال حکم وضعی از حکم تکلیفی معنای روشنی دارد و بسیاری از دانشمندان اصولی با آن همدلی دارند. محاکمه عادلانه خود البته شرایطی دارد که همه آن‌ها را گرچه مقتضای حکمت و عدالتند، نمی‌توان از لوازم و پیامدهای فرض برائت قلمداد کرد. بلی شناسایی مواردی چون حق متهم بر سکوت نوعی تأکید بر پایبندی به فرض برائت است؛ زیرا شناسایی مواردی از این دست به معنای آن است که از مقتضای فرض برائت به آسانی و بی‌آن که مسیر دادرسی محتاطانه طی شود، رفع ید نمی‌شود.

#### ۴. استثنابرداری فرض برائت

می‌دانیم که اصول و قواعد فقهی گاه استثنا بر نمی‌دارند؛ معمولاً قواعد، زمانی استثناناپذیرند که دارای چنان مبانی عقلی هستند که به طبع خود نمی‌توانند استثناپذیر باشند. برای نمونه قاعده قبح عقاب بلایان به طبع خود نمی‌تواند پذیرای استثنا باشد؛ زیرا عقاب بدون بیان و توضیح، مصداق و نمونه ظلم است؛ هر جا عنوان ظلم صادق بیاید، قبح و عدم جواز هم با آن ملازم است. به همین ترتیب به نظر نگارنده حرمت شکنجه از احکام و یا قواعد مطلق است. حتی شکنجه‌گر را هم نمی‌توان شکنجه داد، چه رسد به متهمان؛ همچنان که فقیهان به رغم آیات جواز مقابله به مثل قتل همراه با شکنجه کسی که دیگری را با شکنجه کشته باشد روانداسته‌اند.

در مورد فرض برائت به نظر می‌رسد که استثنازدن به فرض برائت به خودی خود محال نیست؛ ادله و بنیادهایی که فرض برائت را اثبات می‌کند البته ادله‌ای بسیار استوار و متین است؛ اما این به معنای استثنابرداری آن ادله نیست. بدین سان در موارد کاملاً استثنایی ممکن است مصلحت مهم و الزام‌آوری جابجایی فرض برائت و فرض مجرمیت را ایجاب کند. پیداست که این جابجایی باید بسیار احتیاط‌آمیز باشد. نخست باید به حوزه‌ای از جرایم بسیار مهم و خطرناک محدود باشد. دوم باید ظاهر حال نوعی یا موردی بر مجرمیت گواهی دهد و سوم این که جابجایی فرض برائت باید در متن قوانین مدون، صریح، شفاف و در دسترس به اطلاع شهروندان رسیده باشد تا آنان خود را از سر ناآگاهی در معرض اماره مجرمیت قرار ندهند.

باید به هوش بود که ظاهر حال در هر حال مفید ظن و گمان است و با ظن و گمان حتی از "اصل" نمی‌توان دست برداشت؛ چه رسد به فرض برائت که به شرحی که گذشت از امارات شرعی و ادله اجتهادی است.

پیداست که جابجایی در فرض برائت تا همین اندازه رواست که مسئولیت بار اثبات تغییر یابد و بار اثبات برائت به دوش متهم بیفتد. اما جابجایی به معنای عدم قبول ادله ارائه شده توسط متهم یا حکم به محکومیت او بدون محاکمه عادلانه هرگز نمی‌تواند مقبول باشد، چه این امر نقض آشکار فرض برائت است. در جایی دیگر آورده‌ام که حق بر محاکمه عادلانه از حقوق مطلق است و جز در مورد دفاع مشروع با شرایط خاص استثنا را

بر نمی‌تابد.<sup>۴۲</sup> با توجه به مشروط بودن تکلیف به قدرت و توانایی پیداست که این جابجایی در مواردی روا خواهد بود که موضوع به طبع خود از سوی متهم قابل اثبات باشد؛ موظف نمودن متهم به تبرئه ساختن خود از اتهامی که در هر حال اثبات عدم آن به طبع خود ناممکن باشد، نامعقول است. به همین ترتیب جابجایی بار اثبات از مقامات قضایی به متهم مستلزم پیش‌بینی امکانات و تسهیلات خاصی برای متهم است تا بتواند در صورت بی‌گناه بودن با تکیه بر آنها بی‌گناهی خود را اثبات نماید. نمی‌توان برای کسی فرض مجرمیت نمود و او را در اثبات بی‌گناهی خود محدود کرد.

در مباحث فقهی موارد بسیار اندکی یافت می‌شود که فقیهان برخلاف مقتضای فرض برائت رفتار کرده‌اند. این موارد - به شرحی که خواهد آمد - همگی با استناد به نصوص خاص در همان موارد بوده است.

یکی از این موارد، رجوع به قسامه در فرض لوث است. لوث چنان که فقیهان گفته‌اند، اماره‌ای است که با وجود آن به صدق ادعای شاکی در خصوص قتل و یا بنا بر رأی در مورد تمامی جنایات علیه تمامیت جسمانی ظن و گمان پیدا می‌شود؛<sup>۴۳</sup> مانند یافتن شخصی با شمشیر آغشته به خون در کنار جسد مقتول یا پیدا شدن جسد مقتول در خانه کسی یا محله مربوط به قوم و گروهی خاص، یا شهادت یک شاهد عادل به وقوع قتل توسط فرد یا افرادی معین.

آن گونه که در روایات آمده است جابجایی اماره برائت با اماره مجرمیت در موارد قتل برای جلوگیری از ترور و قتل افراد به طور پنهانی و در واقع برای صیانت از جان افراد در برابر تعرض اشرار است.<sup>۴۴</sup>

با توجه به مخالف اصل بودن قسامه و مخالفت آن با فرض برائت دامنه آن را باید تا جای امکان مضیق طراحی نمود. بویژه این که شواهد تاریخی نشان می‌دهد که عمل بدان در رویه قضایی پیامبر(ص) رایج نبوده است. ظاهراً پیامبر(ص) تنها در یک مورد قصد استناد به قسامه را داشته است که آن هم در عمل اتفاق نیفتاد و آن حضرت(ص)

---

۴۲. نک: نوبهار، رحیم، اصل قضایی بودن مجازات‌ها: تحلیل فقهی حق بر محاکمه عادلانه، شهر دانش، تهران، چاپ دوم، ۱۳۹۴.

۴۳. نک: جبعی عاملی، زین الدین، الروضه البهیة، ج ۱۰، ص ۷۲، تحقیق: سیدمحمد کلانتر، العلمیه، قم، چاپ دوم، ۱۳۹۶.

۴۴. نک: کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، ج ۷، ص ۴۱۵.

منازعه را از راهی دیگر حل و فصل فرمود.<sup>۴۵</sup>

آنچه از اعتبار قسامه همچون یک دلیل قضایی می‌کاهد آن است که قسامه از نهادهای تأسیسی نیست و قریش در زمان جاهلیت و پیش از اسلام آن را بنا نهاده است. به گزارش منابع تاریخی، قسامه نخستین بار توسط ولید پسر مغیره در ماجرای قتل عامر یا عمرو بن علقمه بن عبدالمطلب توسط خداهش بن عبدالله همچون دلیلی قضایی مطرح شد.<sup>۴۶</sup> برابر گزارشی دیگر این ابوسفیان بن حرب بود که در همین ماجرا نخستین بار به استناد قسامه حکم نمود.<sup>۴۷</sup>

باری اشکالی که در احکام امضایی از این دست وجود دارد آن است که تأیید و امضای آن توسط شارع مقدس چه بسا به دلیل رواج و شیوع و پذیرش عقلایی آن بوده است. در واقع پذیرش عقلایی جزء و قید موضوع حکم امضا شده بوده است. گویی مضمون حکم امضایی این گونه بوده است که: قسامه رایج و مقبول نزد عقلا را امضا نمودم. حال وقتی موضوع، رواج و پذیرش عقلایی خود را از دست می‌دهد، در واقع حکم بدون موضوع باقی می‌ماند و بنا بر این استمرار حکم معقول نیست؛ زیرا تصور حکم بدون موضوع، تصور نامعقولی است. این تحلیل و تبیین در مورد دیگر احکام امضایی مانند برده‌داری هم راست می‌آید.

از آنچه گفته شد روشن شد که قسامه و لوث را در شمار قواعد فقهی بر شمردن صحیح نیست. اثبات قتل یا کمتر از آن با قسامه خلاف قاعده بلکه به تعبیر صاحب جواهر خلاف قواعد است.<sup>۴۸</sup>

با این حال در خصوص قسامه ممکن است گفته شود: علت اعتبار قسامه در روایات مربوط ذکر شده است؛ این علت عبارت است از: حمایت از جان آدمیان و پیشگیری از کشته شدن بی‌گناهان در پنهانی و بی‌مجازات ماندن قاتل به علت نبود ادله و بینه. این علت و حکمت در هر زمانی قابل تصور است. بنا بر این نمی‌توان پذیرش و رواج عقلایی را در موضوع حکم دخیل دانست. در واقع، قسامه نه صرفاً به علت رواج عقلایی آن در زمانی خاص، بلکه به دلیل علت یا حکمت عقلایی که برای آن ذکر شده معتبر است

<sup>۴۵</sup>. همان، ج ۷، صص ۳۶۰-۳۶۳، روایات ۱-۱۰.

<sup>۴۶</sup>. نک: بغدادی، محمد بن الحیب، المحبر، صص ۳۳۵-۳۳۸، دارالافتاء الجدیدة، تحقیق: ایلزه لیخته شتیر.

<sup>۴۷</sup>. همان.

<sup>۴۸</sup>. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۲۱۳.

و بنابر این پذیرش یا عدم پذیرش عقلایی آن به اعتبار و حجیت همیشگی آن آسیبی نمی‌رساند. مگر این که گفته شود این تعلیل و حکمت هر چند به ظاهر افاده عموم می‌کند، اما خود علت ناظر به زمانه خاصی است که نظام ادله اثبات ساده بوده است و راه‌های استوارتر دیگری برای اثبات قتل در موارد ظن وجود نداشته است؛ بنابر این آن‌ها نمی‌توانند شامل زمانی شوند که راه‌های گوناگون دیگری برای شناسایی قاتلان وجود دارد. جز این که گفته شود حق قلمداد کردن قسامه در روایات<sup>۴۹</sup> آن را در هر حال در محدوده خود معتبر می‌سازد. به هر روی قسامه با توجه به مجموع آنچه گفته شد به رغم اعتبار و جواز رجوع به آن در مواردی محدود، جایگاه مهمی در نظام ادله اثبات دعوی جنایی ندارد. هم از این روی فقیهان اغلب موارد استناد بدان را با تکیه بر فرض برائت محدود و مضیق تقریر نموده‌اند. برای نمونه، اگر لوث علیه گروهی محدود ثابت شود آنگاه کسی از میان آنان ادعا کند که در زمان قتل در محل حضور نداشته است گفته او همراه با سوگندش ثابت می‌شود. و لوث نسبت به او ساقط می‌شود. زیرا اصل برائت ذمه اوست. در این صورت مدعی حضور باید دلیل بیاورد.<sup>۵۰</sup>

از دیگر موارد جابجایی فرض برائت در فقه رایج، ضمان و مسئولیت کسی است که شبانه دیگری را از منزلش فرا بخواند و بعداً جسد کشته شده وی یافت شود.<sup>۵۱</sup> در این باره عمدتاً به دو خبر استناد شده که گاه در اعتبار آنها هم به جد تردید می‌شود.<sup>۵۲</sup>

بسیاری از فقها تصریح کرده‌اند که حکم به ضمان خواه ضمان دیه باشد یا ضمان به معنای قصاص، خلاف اصل است؛ زیرا فراخواندن کسی از خانه‌اش در شب به خودی خود یکی از اسباب ضمان نیست. هم از این روی فقیهان تا جای امکان دامنه حکم را محدود و مضیق تفسیر نموده‌اند. مانند این که حکم مختص به دعوت شبانه قلمداد شده است، حال آن که روایات مربوط مختص به شب نیست؛ و شب از این لحاظ چندان خصوصیتی ندارد. یا آن که در مواردی که میان دعوت کننده و دعوت شونده صلح و رابطه دوستی بوده است و جز نیکویی و خیر میان آنان نبوده است حکم به مسئولیت دعوت کننده نشده است. یا آن که حکم به موردی محدود شده است که دعوت شونده کشته

<sup>۴۹</sup>. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، ج ۷، ص ۳۶۱، روایت ۲، ۳ و ۵.

<sup>۵۰</sup>. جبعی عاملی، زین الدین، مسالک الافهام، ج ۱۵، ص ۲۰۳، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.

<sup>۵۱</sup>. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۳، ص ۷۸.

<sup>۵۲</sup>. جبعی عاملی، زین الدین، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۱۰، ص ۱۲۲-۱۲۸.

شده باشد، پس اگر جسد مرده او یافت شود حکم به ضمان نمی‌شود. شهید ثانی گفته است. ضمان ذکر شده در روایات مختص به جایی است که مدعو، مقتول یافت شود؛ زیرا اصل برائت از دیه و قصاص است تا گاهی که سبب آن محقق شود. و این سبب جز در فرض کشته‌شدن، مشکوک است.<sup>۵۳</sup> او پس از برشمردن پاره‌ای از اختلافات موجود میان فقیهان در این مسأله گفته است: بهتر است که در این مسأله در حکم به ضمان به محل مورد وفاق همگان بسنده کنیم؛ زیرا در سند دو خبر مربوط به این مسأله کسانی وجود دارند که عدالت آنان ثابت نشده است و میان ضعیف و ثقه مشترکند. اصل برائت هم در محل شک حکم به عدم ضمان و مسئولیت می‌کند.<sup>۵۴</sup>

به نظر نگارنده جدا از ضعف سندی روایات مربوط ناظر دانستن آنها به فرض خاص و اوضاع و احوالی که تبانی و برنامه‌ریزی برای چنین قتل‌هایی رایج بوده است مناسب به نظر می‌رسد. بر این پایه، مضمون این روایات را نمی‌توان تعمیم داد و به بیان حکم کلی ناظر دانست. از این روی این که صاحب جواهر تشکیک و تردیدهای محقق اردبیلی در این حکم را وسوسه نامیده است،<sup>۵۵</sup> زیننده مقام تحقیق و دقت علمی نیست. وسوسه قلمداد کردن این دقت‌های علمی آن هم گاهی که به جان آدمیان مربوط می‌شود، باب دقت و نوآوری را می‌بندد و شهرت‌گرایی و بسند کردن به ذکر آرای پیشینیان را رونق می‌دهد؛ امری که به نوبه خود هرگز سبب رشد و شکوفایی دانش فقه نمی‌شود.

از دیگر موارد جابجایی در فرض برائت، فرض ضمان و مسئولیت طیب در جریان عملیات جراحی و مطلق مداواست تا گاهی که وی اثبات کند کوتاهی و تقصیر ننموده است.<sup>۵۶</sup> این جابجایی نیز به علت اهتمام شارع مقدس به جان و سلامت آدمیان است. هر چند در این حکم هم به دلیل مخالفت آن با فرض برائت مناقشاتی توسط فقیهان نامدار مطرح شده است؛<sup>۵۷</sup> ضمن این که از چشم‌اندازی عمل‌گرایانه نیز می‌توان بر این دغدغه که از سوی برخی فقیهان مطرح شده، صحه گذاشت که فرض ضمان پزشک ممکن است پزشکان را از اقدام به مداوا بازدارد.

---

<sup>۵۳</sup>. نک: همان، ج ۱۰، ص ۱۲۲.

<sup>۵۴</sup>. همان، ص ۱۲۲.

<sup>۵۵</sup>. نک: نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۴۳، ص ۷۸.

<sup>۵۶</sup>. نک: همان، ج ۴۳، ص ۴۴.

<sup>۵۷</sup>. همان، ج ۴۳، ص ۴۶.

## ۵. برخی از موارد استناد به فرض برائت در مسایل فقهی

شمار استناد فقیهان به فرض برائت به معنای اماره بی گناهی افزون از شمار است. این موارد همه دعاوی جنایی اعم از حدود، تعزیرات، قصاص و دیات را در برمی گیرد. در ادامه به ذکر برخی از این موارد می پردازیم:

۱. اگر کسی در حالی که در پارچه و یا لباسی پیچیده شده با شمشیر به دو نیم شود؛ آن گاه ضارب ادعا نماید که او بیشتر مرده بوده است و در واقع ضربه وی به جسد مرده بوده است؛ اما ولی دم ادعا نماید که مضروب، در زمان حیات زنده بوده است، علامه حلی در قواعد گفته است: احتمال دارد که قول جانی مقدم شود، زیرا اصل برائت است. نیز احتمال دارد که قول ولی مقدم شود؛ زیرا اصل بقای حیات اوست.<sup>۵۸</sup>

می بینیم که داوری در باره این مسأله به شأن و جایگاهی بستگی دارد که فقیه به هر یک از فرض برائت یا استصحاب می دهد. ظاهر آن است که فرض برائت در هر حال همچون اماره و ادله ای اجتهادی است و بر استصحاب مقدم است؛ جز این که گفته شود: استصحاب در این فرض و همانندهای آن، پس از اجرا شدن مجالی برای تمسک به فرض برائت باقی نمی گذارد. ولی مشکل این است که حکم به قتل در مسأله مورد بحث با استناد به استصحاب در نهایت حکم بر مبنای شک و تردید است و مجازات به حکم قاعده درأ با وجود شک اجرا نمی شود.

جدا از این نکته کلی در خصوص مورد مثال، استصحاب با مشکل مثبت بودن هم تا اندازه ای مواجه است؛ زیرا استصحاب حیات مجنی علیه به خودی خود اثبات نمی کند که جانی مجنی علیه را در حالی کشته است که وی زنده بوده است؛ مگر این که اصل مثبت را حجت بدانیم یا واسطه میان استصحاب حیات و کشته شدن وی در حال حیات جانی را چندان پنهان بدانیم که عرف مستصحب را همان کشته شدن در حال حیات بدانند؛ هر این دو مطلب جای تأمل و درنگ دارد؛ هم حجیت و اعتبار اصل مثبت مورد تردید است؛ بویژه اگر استصحاب را از باب روایات و ادله نقلیه حجت ندانیم، بلکه از باب حکم عقل یا بنای عقلا حجت بدانیم؛ و هم پذیرش خفای واسطه دشوار است.

۲. علامه حلی در مختلف الشیعه آورده است که: هر گاه کسی انسان آزاد نابالغی را غصب کند آنگاه او به سببی جز غصب و حبس فوت کند، مانند این که حیوان گزنده ای او را نیش بزند یا درنده ای او را بخورد، شیخ طوسی در مبسوط و

<sup>۵۸</sup> حلی، حسن بن یوسف، قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۶۴۶، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳هـ.



خلاف گفته است: ضمانی بر غاصب نیست به دلیل اصل برائت و نیز به دلیل آن که انسان آزاد با غضب شدن مورد ضمان قرار نمی گیرد. ولی ابوحنیفه گفته است: غاصب و حابس ضامن است. شیخ طوسی در خلاف گفته است: اگر رأی ابوحنیفه را برگزینیم، قولی قوی را برگزیده ایم. دلیل این قول، لزوم احتیاط است. شیخ طوسی در مبسوط در کتاب جراحات هم قول به ضمان را برگزیده است. آنگاه علامه گفته است این قول قوی است؛ زیرا غاصب، محبوس را در معرض تلف قرار داده است؛ آن هم به گونه ای که امکان پرهیز از تلف را نداشته است پس او ضامن است مانند این که کسی چاهی حفر کند و دیگری در آن بیفتد.<sup>۵۹</sup>

می بینیم که با آن که حکم به ضمان مبانی روشنی دارد برای دست برداشتن از فرض برائت و اثبات مسئولیت جانی تردید و تأمل می شود. گفتنی است که قول به عدم ضمان استیلائی بر حر مبانی روشنی ندارد؛ بویژه زمانی که انسان آزاد پیشتر در اجاره کسی بوده است نه تنها ضررهای دیگر که ضرر کار نکردن و در واقع تفویض منافی که عادتاً قابل استیفا بوده است نیز از نمونه های ضرری است که غاصب و حابس باید آن را جبران کند.

با این حال پیدا است که مقصود از ضمان در این مسأله ضمان به دیه است؛ زیرا حکم به قتل عمد و قصاص در فرض مسأله بی مورد است؛ چه قتل عمد ارکان و شرایط خاص خود را دارد. بلی پیدا است که غضب و حبس هر انسانی تنها موجب ضمان مدنی و دیه نیست. این کار ممکن است در چارچوب رعایت اصل قانونی بودن جرم و قاعده قبح عقاب بدون بیان، مصداق یک یا چند عنوان مجرمانه مانند آدم ربایی بازداشت و حبس خودسرانه باشد.

۳. علامه حلی گفته است: مشهور آن است که اگر مردی به همسرش بگوید: من تو را باکره نیافتم، حد تام بر او لازم نمی آید، بلکه تعزیر می شود. شیخ طوسی، شیخ مفید و پیروانشان همین رأی را برگزیده اند. اما ابن عقیل عمانی گفته است: مرد، محکوم به حد قذف می شود. آنگاه علامه می افزاید: اصل برائت به درستی رأی اول گواهی

---

<sup>۵۹</sup> حلی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعه، ج ۵، ص ۱۳۵، مؤسسه بوستان کتاب، چاپ دوم، ۱۴۲۳ ه ق.

می‌دهد. به علاوه از امام صادق(ع) روایت شده است که در مورد مردی که به زن خود گفته است: تو باکره نزد من نیامدی، فرموده‌اند: این موجب مجازاتی نیست؛ زیرا بکارت با غیر آمیزش جنسی هم از بین می‌رود. اما روایت دیگری در این باره می‌گوید: اگر مردی به زن خود بگوید: تو را باکره نیافتم و بینه هم نداشته باشد، محکوم به حد قذف می‌شود و زن و مرد از یکدیگر جدا می‌شوند.<sup>۶۰</sup>

صحیح آن است که سخن شوهر در باره عدم باکره‌گی زن به خودی خود از اسباب حد قذف نیست. حد قذف با اسباب خاص و معینی اثبات می‌شود. این حد در صورت اتهام زنا به صراحت یا به چنان کنایه‌ای که صریح‌تر و گویاتر از صراحت باشد ثابت می‌شود. بویژه این که برابر شواهد علمی و تجربی حتی کسانی ممکن است بدون پرده بکارت متولد شوند یا آن که بکارت به شیوه‌ای جز زنا و رابطه زناشویی زایل شود. در واقع همان‌گونه که شهادت مبهم برابر فرض برائت به نفع متهم تفسیر می‌شود، اظهارات خود متهم هم ضرورتاً به اعمال مجرمانه تفسیر و تعبیر نمی‌شود.

۴. از جمله مواردی که استناد به فرض برائت نزد فقیهان مشهور است، حکم به عدم جواز بازداشت موقت تا جای امکان است، هر چند اتهام، مربوط به جرم مهمی مانند قتل عمد باشد. علامه حلی گفته است: شیخ طوسی در کتاب نهاییه در مورد متهم به قتل عمد گفته است که: سزاوار است که شش روز بازداشت شود، اگر مدعی بینه‌ای نیاورد یا دعوا به همان صورت حل و فصل نشود متهم آزاد می‌شود. ابن‌ادریس گفته است: دلیلی همراه با این روایت نیست که آن را تقویت کند، بلکه روایت، مخالف با ادله است. آنگاه علامه افزوده است: شیخ طوسی به روایت سکونی از امام صادق(ع) استناد کرده است که برابر آن پیامبر(ص) در اتهام قتل عمد، متهم را سه روز بازداشت می‌کرد؛ اگر اولیای دم بینه نمی‌آوردند او را آزاد می‌کرد. آنگاه علامه می‌افزاید: حق آن است که اگر با طرح شکایت علیه متهم، ظن و اتهامی برای حاکم پیدا شود از باب عمل به روایت، و برای محافظت از جان آدمیان، بازداشت شش روزه لازم است، اما اگر این ظن و اتهام برای کسی جز قاضی حاصل شده باشد، حبس او جایز نیست؛ به دلیل لزوم عمل به اصل. ظاهراً مقصود از کسی جز قاضی، اولیای دم و خویشان مقتول است؛ صرف حصول ظن و گمان برای کسی مجوز حبس نیست. به همین

۶۰. همان، ج ۹، ص ۳۱۸.

ترتیب، مقصود از اصل هم همان فرض برائت است. از جمله کسانی که عمل به روایت سکونی را رد کرده است، شهید ثانی است. او تصریح کرده است که: حبس متهم مجازاتی است که موجب آن هنوز ثابت نشده است.<sup>۶۱</sup> به نظر می‌رسد مدت شش روزه تعیین شده در روایت سکونی - بر فرض اعتبار آن - تصمیمی از جنس امر و فرمان حکومتی است؛ چه مهلت دادن به شاکی برای ارائه دلیل در همه فروض نمی‌تواند شش روز باشد. این امری است که می‌تواند از جامعه‌ای به جامعه دیگر متفاوت باشد. نگارنده همین احتمال را در مورد نصاب سرقت نیز جاری می‌داند. در برخی موارد مثل مورد بحث فلسفه تحدیدی که در روایات ذکر شده تا اندازه زیادی روشن است؛ این گونه تحدیدات را دشوار بتوان بر حکم ازلی و تعبدی شرع مقدس حمل نمود. بنا بر این زمانی که برای تکمیل ادله استنادی تعیین می‌شود بسته به مورد متفاوت است؛ البته با لحاظ این اصل که بازداشت کسی که ادله علیه او کامل نیست، در هر حال خلاف اصل است و به قدر ضرورت باید بسنده نمود.

۵. اگر کس دیگری را درون آتش بیندازد و آتش وی را بسوزاند هر گاه بسته به قراین موجود این تردید وجود داشته باشد که آیا او خود پس از افکنده شدن به آتش در آتش درنگ کرده و در نتیجه کشته شده است، یا آن که آتش سبب مرگ او شده است، برخی از فقها به مقتضای فرض برائت اصل را بر عدم قتل عمدی نهاده‌اند.<sup>۶۲</sup> این در حالی است که ظاهر حال احتمال بقای داوطلبانه در آتش را نفی می‌کند. بویژه هرگاه آتش بزرگ و عادتاً سبب تشنج اعصاب و دستپاچگی باشد این احتمال هرچه ضعیف‌تر می‌شود. هم از این روی بسیاری از فقیهان به درستی بار اثبات چنین ادعایی را بر دوش مدعی نهاده‌اند. ۶. اگر چهار شاهد به زنا توسط زن گواهی دهند، اما دو نفر گواهی دهند که زنا داوطلبانه بوده و دو نفر گواهی دهند که زنا با اکراه همراه بوده است، ابوحنیفه به ثبوت زنا فتوا داده است. شیخ طوسی گفته است: قول به عدم ثبوت زنا ی موجب حد قوی است؛ زیرا با فرض برائت هماهنگ است.<sup>۶۳</sup>

---

۶۱. جبعی عاملی، زین الدین، الروضه البهیة، ج ۱۰، ص ۷۶.

۶۲. نک: اصفهانی، محمد بن حسن (فاضل هندی)، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ۱۱، ص ۲۰، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۶ق.

۶۳. الطوسی، محمد بن الحسن، الخلاف، ج ۵، ص ۳۸۳، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ق.

۷. اگر کسی به حدی اقرار نماید و نوع عمل ارتكابی را بیان نکند، برخی از فقیهان به دلیل استناد به فرض برائت و ادله قاعده در آن برآیند که مقرر را به بیان عملی که انجام داده است الزام نمی کنند<sup>۶۴</sup>. فیض کاشانی در این باره افزون بر برائت به لزوم تفسیر فعل مسلمان به وجه صحیح و صواب هم استناد جسته است.<sup>۶۵</sup>

۸. در دورانی که برده داری رایج بود در منابع فقهی این مساله مطرح شده بود که اگر کسی دیگری را قذف کند آنگاه مقذوف بگوید: من انسان آزادم و بنابراین حد قذف باید بر قاذف اجرا شود؛ اما قاذف بگوید: مقذوف برده بوده و بنابراین مجازات او تعزیری است درباره این که قول کدام یک مقدم می شود بسیاری از فقها از جمله شیخ طوسی گفته اند به دلیل برائت و اینکه تنها با استناد به دلیل، ذمه کسی به جرم و جنایتی مشغول و متعهد می شود باید قاذف را تنها تعزیر نمود<sup>۶۶</sup>.

این در حالی است که چه بسا بر مبنای ظاهر و غلبه زمینه برای آزاد قلمداد کردن فردی که آزاد بودن و بردگی او مورد تردید است وجود دارد. زیرا در بیشتر جوامع آن روز شمار انسان های آزاد بیشتر از بردگان بوده است. با این حال در فتوا به تقدم قول قاذف این حالت ظاهر و غالب رعایت نشده است. و این نشان از پابندی به فرض برائت و لوازم آن دارد.

۹. اگر زن بی شوهری باردار شود از او درباره علت بارداری اش سؤال می شود. اگر اقرار نماید که بارداری ناشی از زناست، حد بر او جاری می شود. اما اگر بگوید: بارداری از زنا نیست حد جاری نمی شود. شیخ طوسی می گوید قول به عدم اجرای حد قوی تر است. زیرا اصل، برائت ذمه زن از ارتكاب زناست. زیرا ممکن است بارداری از غیر زنا یا رابطه همراه با شبهه و اشتباه یا اکراه باشد و حد با وجود شبهه اجرا نمی شود<sup>۶۷</sup>.

به نظر می رسد با وجود احتمالات پیش گفته و امکان حمل بر صحت بارداری اصولاً وجهی برای سوال و استفهام از زن بی شوهر باردار شده وجود ندارد. مگر این که عنوانی ثانوی چنین پرسش را ایجاب نماید.

---

<sup>۶۴</sup> - نک: نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۲۸۵.

<sup>۶۵</sup> - فیض کاشانی، محمد محسن، مفاتیح الشرایع، ج ۲، ص ۶۸، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، تحقیق: سید مهدی رجایی، قم، چاپ اول، ۱۴۰۱ق.

<sup>۶۶</sup> - طوسی، محمدبن حسن، الخلاف، ج ۵، ص ۴۰۷.

<sup>۶۷</sup> - طوسی، محمدبن حسن، المبسوط، ج ۸، ص ۷ و ۸، مؤسسه انتشارات اسلامی، قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ق.

۱۰. اگر کسی به دیگری بگوید: فلانی را بکش و گرنه تو را خواهم گشت، با توجه به این که اکراه بر قتل، حکمی ندارد، یعنی دفاع اکراه برای ارتکاب قتل پذیرفته نمی‌شود، معمولاً فقیهان قائل به قصاص شده‌اند. با این حال با توجه به شک در شمول ادله قصاص و دیه برای این مورد و نظر به فرض براءت، برخی احتمال داده‌اند که حکم آن، عدم اجرای قصاص باشد.<sup>۶۸</sup> البته هرگاه شک در جواز قصاص صرفاً به علت شک در شمول ادله قصاص بر چنین فرضی باشد، استناد به براءت به معنای براءت حکمی و نه فرض براءت خواهد بود. علت شک در شمول حکم قصاص برای این مورد آن است که با چنین تهدیدی چه بسا مکره حق قصاص را ضمناً اسقاط کرده است؛ هرچند این احتمالاً این دشواری روبروست که آیا حق قصاص داتا از آن مجنی علیه است؛ و به علاوه آیا قصاص ناشی از یک حق قابل اسقاط است؟ اما همین اندازه احتمال هم مورد را به موارد شک و احتمال تبدیل می‌کند.

۱۱. هرگاه کسی دیگری را به قتل برساند یا مجروح نماید و ادعا کند که برای دفاع از جان، مال یا حریمش وی را مقتول یا مجروح نموده است، بار اثبات به دوش وی خواهد بود. در واقع در این مورد اصل بر براءت گزارده نمی‌شود؛ زیرا بنانهادن بر براءت قاتل یا جراح با براءت مقتول یا مجروح ناسازگار است؛ زیرا در این صورت، قتل عمدی محرز است و ادعای ارتکاب آن به عنوان دفاع مشروع امری زاید و ادعایی اضافی است که باید اثبات شود. به بیانی دیگر جریان براءت در ناحیه مقتول چه بسا تهاجم را تعبداً متنفی می‌سازد و با این فرض، نوبت به اعمال فرض براءت در ناحیه قاتل یا جراح نمی‌رسد.

اما اگر اصل تهاجم مقتول روشن و مورد نزاع نباشد، اما در رعایت یا عدم رعایت شرایط دفاع مشروع اختلاف باشد و البته دلیل و اماره‌ای هم در میان نباشد که وضعیت را روشن سازد، ظاهر آن است که با وجود احراز این که کسی در موقعیت تهاجم بوده است، اثبات رعایت شرایط دفاع مشروع بر عهده او یا کسی است که به نفع او طرح دعوا کرده است. به تعبیری می‌توان گفت: فرض براءت اصلی و پیشین با اقدام فرد به تهاجم منقطع گشته و او در موقعیت ضامن و مسئول قرار گرفته است. ۱۲. اگر جانی و مجنی علیه در سلامت یا معیوب بودن عضوی که بر آن جنایت شده است اختلاف کنند و جانی بگوید: عضو، معیوب بوده است؛ ولی مجنی علیه

<sup>۶۸</sup>. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۵۳.

بگوید: عضو سالم بوده است؛ علی‌القاعده فرض بی‌گناهی جانی به جرم اشد ایجاب می‌کند که بنابر معیوب بودن عضو گزارده شود. جز این که گفته اصل صحت و سلامت عضو، سالم بودن عضو مورد جنایت را اثبات می‌کند. بنابر اعتبار استصحاب در چنین مواردی در صورت سابقه سلامت و وجود دیگر ارکان استصحاب، استصحاب نیز می‌تواند با اثبات سلامت عضو به نزاع پایان دهد. با این حال نظر به این که به موجب فرض برائت حکم به ضمان و مسئولیت در نهایت باید بدون شک و شبهه معقول باشد، استناد بی‌چون و چرا به استصحاب در این گونه موارد بی‌اشکال و تأمل نیست. بویژه در مورد اعضای باطنی بنانهادن بر صحت و سلامت آن‌ها صرفاً با استناد به غلبه و ظاهر حال دشوار است. در واقع فرض برائت همچون اصل برائت عملی نیست که هرگاه اصلی موضوعی اجرا شود و وضعیت را تعبداً روشن نماید نوبت به اصل برائت نمی‌رسد؛ زیرا التزام به فرض برائت قاضی را وامی‌دارد تا با وجود شک و شبهه قابل توجه به ضمان و مسئولیت حکم ننماید.

۱۳. اگر در جنون و عقل مجنی‌علیه اختلاف شود و جانی بگوید مقتول را در حال دیوانگی به قتل رسانیدم، ولی اولیای دم بگویند: او عاقل بوده است، بنابر اعتبار استصحاب در چنین مواردی، ملاک حال پیشین است. به همین ترتیب در فرض شک در بلوغ یا عدم بلوغ بزه‌دیده نیز استصحاب عدم بلوغ معتبر خواهد بود. در مورد شک در بلوغ جانی و نزاع بر سر آن نیز اصل عدم بلوغ، قتل را از قتل موجب قصاص خارج می‌سازد.

#### ۶. فرض برائت و بار اثبات شرایط مساعد به حال متهم

با ملاحظه موارد اخیر می‌توان این پرسش را مطرح نمود که آیا می‌توان به طور کلی گفت: هر گاه متهم ادعای وضعیت یا اوضاع و احوالی را نماید که مساعد و مناسب به حال اوست، مسئولیت بار اثبات دگرگون می‌شود و این خود متهم و منکر است که با آن اصولاً در موضع انکار است؛ اما ادعای خود را در مورد آن وضعیت خاص باید اثبات کند؟<sup>۶۹</sup>

---

<sup>۶۹</sup>. برای ملاحظه توضیحاتی در این باره نک: منصورآبادی، عباس، "بار اثبات شرایط مساعد به حال متهم"، در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در

تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، صص ۳۳۹-۳۷۱، سمت، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۳.

ممکن است گفته شود: قاعده بینه و ادله آن از این نظر که بار اثبات را در هر مورد به عهده مدعی می‌گزارد از این جهت عام است و دعوای مدنی و دعوای جنایی از این نظر فرقی با یکدیگر ندارند. پس منکر باید شرط و وضعیت مورد ادعا را اثبات کند. چه بسا می‌توان این دیدگاه را تأیید کرد با این نکته که پذیرش خلاف این حکم و نهادن بار اثبات بر عهده شاکی یا مقامات تحقیق و دادرسی این باب فاسد را می‌گشاید که متهم پیوسته دعوای دروغین و بی‌اساسی را مطرح نماید و در روند معمول و طبیعی دادرسی اخلاص نماید و با اطاله دادرسی، هزینه‌های فراوانی را هم بردوش جامعه و دولت نهد.

با این حال می‌توان به دیدگاه پیش گفته پاسخ داد که: روشن نیست که قاعده بینه دعوای مدنی و جزایی را یکسان شامل شود. درست است که در فقه رایج اغلب میان دادرسی مدنی و کیفری تفکیک نشده است، اما این به معنای آن نیست که قواعد دادرسی مدنی کیفری یکسان است.<sup>۷۰</sup>

اگر ادعایی که متهم مطرح می‌کند شک قابل توجهی را برانگیزد نمی‌توان صرفاً با استناد به این که بار اثبات دعوا بر عهده خود متهم است آن را نادیده انگاشت. زیرا حکم کردن با وجود چنین شک و شبهه‌ای نادیده گرفتن فرض برائت و مضمون قاعده درء است. بویژه این که عدالت و اصل برابری سلاح‌ها ایجاب می‌کند که بار اثبات هر ادعایی را بر دوش متهم نگذاریم. ضمن این که ادعای متهم درباره شرایطی که مناسب به حال اوست، یکسان نیست؛ در متون دینی شرایط مساعد به حال متهم با این کلیت مورد حکم خاصی قرار نگرفته است. گاه ادعای متهم مربوط به امری قضایی مانند صلاحیت دادگاه و نقص پرونده یا جرح شهود است. به این ادعاها در حد متعارف باید توجه کرد. گذاشتن بار اثبات چنین ادعاهایی بر دوش متهم معقول نیست.

گاه امر مساعد به حال متهم ادعای وضعیتی مربوط به خود اوست؛ مانند استناد به عوامل موجهه جرم و علل رافع مسئولیت کیفری مانند: اضطرار، دفاع مشروع، جهل و صغر. اثبات برخی از این وضعیت‌ها توسط متهم آسان‌تر از اثبات آن توسط دیگران

---

<sup>۷۰</sup> یکی از ضرورت‌های پژوهشی فقهی این است که ویژگی‌ها و قواعد دعوای مدنی و جنایی از یکدیگر متمایز شوند؛ امری که در فقه کنونی به هم آمیخته است. مباحث قضا و شهادت با همین به هم آمیختگی پیگیری می‌شوند و این امر گاه سوء تفاهماتی را برمی‌انگیزد.

است. گزاردن بار اثبات این دست شرایط بویژه آن‌ها که جز توسط خود متهم قابل اثبات نیستند، معقول است. اما گاه امر مساعد به حال متهم مربوط به بزه دیده است؛ مانند ادعای تهاجم او، ادعای صغر و جنون در مواردی که این شرایط یا کیفری را منتفی می‌سازد یا سبب تخفیف آن‌ها می‌شود. پذیرفتن این که اصلی مانند استصحاب بتواند حکم همه موارد را تعیین کند رأی بی‌بنیادی است. در امور مهم که پای جان آدمیان در میان است، احکام شرعی را با خبر واحد هم نمی‌توان اثبات کرد، به طریق اولی استصحاب بویژه بر پایه این که دلیل واقع‌نمایی نیست و صرفاً شک و تردید را به لحاظ عملی از میان برمی‌دارد، دلیل قابل اعتمادی نیست. آنچه همچون ضابطه‌ای کلی می‌توان در تمام این موارد به کار بست این است که به ادعاهای متهم باید چندان توجه کرد که حکم با وجود آن ادعاها مصداق حکم بر اساس شک و شبهه نباشد. این امر مقتضای پایبندی به فرض برائت و قاعده درأ است.

#### فهرست منابع:

#### الف. منابع عربی

#### قرآن کریم

- احمد عبدالله، مجید خضر، افتراض براءه المتهم، مجله جامعه تکریت للعلوم الإنسانیه، مجلد ۱۴، شماره نهم، ۲۰۰۷.
- احمدی میانجی، علی، مکاتیب الرسول (ص)، ج ۳، دار الحدیث، چاپ اول، قم، ۱۴۱۹ق.
- اصفهان‌ی، محمد بن حسن (فاضل هندی)، کشف اللثام و الإیهام عن قواعد الأحکام، ج ۱۱، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۶ق.
- بجنوردی، سیدحسن، القواعد الفقیهیه، ج ۳، اسماعیلیان، قم، چاپ دوم، ۱۳۷۱ ش.
- بغدادی، محمد بن الحیب، المحبر، دارالافاق الجدیده، تحقیق: ایلزه لیخته شتیتر.
- بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان (شیخ مفید)، الجمل، مرکز النشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی، تحقیق: علی میر شریفی، قم، ۱۳۷۱ ش.
- بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان (شیخ مفید)، الارشاد، ج ۱، مؤسسه آل‌البیت (ع)، چاپ دوم، ۱۴۱۶ قمری، قم.
- ترمذی، محمد بن عیسی، جامع الترمذی، دار السلام، ریاض، چاپ اول، ۱۴۲۰ق.
- تقفی بغدادی، ابراهیم بن محمد، الغارات، ج ۱، انجمن آثار ملی، تهران، چاپ اول، ۱۳۹۵ ق.
- جبعی عاملی، زین الدین، مسالک الافهام، ج ۱۵، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۶ق.



جبجی عاملی، زین الدین، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۱۰، تحقیق: سیدمحمد کلانتر، العلمیه، قم، چاپ دوم، ۱۳۹۶.

حر عاملی، محمد بن الحسن، وسائل الشیعه، ج ۱۸، المکتبه الاسلامیه، تهران، ۱۴۰۱ق.  
حلی، جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۶۷، اسماعیلیان، قم، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.  
حلی، حسن بن یوسف، قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۶۴۶، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳ق.  
حلی، حسن بن یوسف، کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ چهاردهم، ۱۴۳۳.  
حلی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعه، ج ۹ و ۱۰، ص ۱۳۵، مؤسسه بوستان کتاب، چاپ دوم، ۱۴۲۳ق.  
دینوری، ابن قتیبه، الامامه و السیاسه، ج ۱، نشر الشریف الرضی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳ق.  
ربانی، محمدحسن، قاعده الدرء، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۸ق، قم.  
صدوق، محمد بن علی بن الحسین، من لایحضره الفقیه، ج ۴، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۰۴ق.  
طوسی، محمد بن الحسن، الخلاف، ج ۵، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ق.  
طوسی، محمد بن حسن، المبسوط، ج ۸، ص ۷ و ۸، مؤسسه انتشارات اسلامی، قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ق.  
فیض کاشانی، محمد محسن، مفاتیح الشرایع، ج ۲، ص ۶۸، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، تحقیق: سیدمهدی رجایی، قم، چاپ اول، ۱۴۰۱ق.

کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، ج ۸ و ۷، دار الکتب الاسلامیه، تهران، چاپ ششم، ۱۳۸۷ش.  
مجلسی، محمدباقر، بحار الانوار، ج ۳، مؤسسه الوفاء، بیروت، چاپ دوم، ۱۴۰۳ق.  
موسوی، سیدمحمد الرضی (سیدرضی)، نهج البلاغه، تحقیق: صبحی الصالح، چاپ اول، قم، دار الأسوه، ۱۴۱۵ق.  
نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۴۱ و ۴۳، دار إحياء التراث العربی، بیروت، ۱۹۸۱م.

## ب. منابع فارسی

آشوری، محمد، آیین داری کیفری، ج ۱، سمت، تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۶ش.  
شاملو، باقر، "اصل برائت در نظام‌های نوین دادرسی"، در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، صص ۲۶۲-۲۸۳، سمت، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۳.  
شمس ناتری، محمدابراهیم، "اصل برائت و موارد عدول از آن در حقوق کیفری"، در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، صص ۲۸۴-۳۰۲، سمت، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۳.  
محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، ج ۳، (بخش قضایی)، ص ۲۳۳، مرکز نشر اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۸۱.

محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، ج ۴، بخش جزائی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ هفدهم، ۱۳۸۹.

ملایوسفی، مجید و داوود معماری، گناه نخستین از دیدگاه اسلام و مسیحیت، مجله ادیان و عرفان، شماره ۴۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، صص ۱۰۱-۱۲۶.

منصورآبادی، عباس، "بار اثبات شرایط مساعد به حال متهم"، در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، صص ۳۳۹-۳۷۱، سمت، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۳.

نوبهار، رحیم، اصل قضایی بودن مجازات‌ها: تحلیل فقهی حق بر محاکمه عادلانه، شهر دانش، تهران، چاپ دوم، ۱۳۹۴.

نوبهار، رحیم، "جستاری در مبانی تقسیم بندی حد-تعزیر در فقه کیفری اسلام"، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۶۳، پاییز ۱۳۹۲، صص ۲۱۳-۲۵۴.